

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”: valoração e viabilidade

Brief notes about the “appellation by instrument”: valuation and validity

JOSÉ NADIM DE LAZARI

Advogado. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes, de Marília/SP – UNIVEM. Pesquisador do Grupo de Iniciação Científica “Novos Rumos do Processo de Conhecimento”, sob orientação do Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza.
e-mail: rafa_scandurra@hotmail.com.

GELSON AMARO DE SOUZA

Procurador do Estado de São Paulo aposentado. Mestre em Direito pela ITE de Bauru/SP e Doutor em Direito das Relações Sociais – com área de concentração em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Integrado ao Corpo Docente do Mestrado em Direito e na Graduação em Direito da Faculdade do Norte do Paraná (UENP). Ex-diretor e atual professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Toledo de Presidente Prudente/SP. Leciona também na graduação da FAI de Adamantina/SP, é professor convidado da ESA/SP e da pós-graduação da FIO de Ourinhos/SP, ESUD de Cuiabá/MT e AEMS de Três Lagoas/MT.
Advogado militante em Presidente Prudente/SP. e-mail: advgelson@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho discute controvertido tema do processualismo cível na atualidade, em razão do “novo” (?) e ainda vago conceito de sentença, trazido pela Lei nº 11.232/05, ao art. 162, §1.º, CPC. Isto porque, mostra-se necessário analisar, em primeiro lugar, a natureza da decisão que promove a extinção, total ou parcial, com ou sem mérito, do processo para um ou mais litigantes; e, ato contínuo, é imperioso debater o conseqüente recurso desta decisão, incluindo a possibilidade do manejo de uma suposta “apelação por instrumento”. No final, será dada opinião sobre o tema.

Palavras-chave: Sentença; decisão interlocutória; apelação; agravo por instrumento; “apelação por instrumento”.

Abstract: This text discusses the controversial theme of the Civil Procedure in the present times, because of the “new” (?) and still vague concept of sentence, brought by Law n. 11.232/05, on the art. 162, §1.º, CPC. This happens because it is necessary to analyze, firstly, the nature of the decision that promotes the total or partial extinction, with or without merit, of the process for one or more litigants; and it is decisive to discuss the consequent appeal against this decision, including the possibility of using a purported “appellation of instrument”. In the end, an opinion about the theme will be given.

Keywords: Sentence; interlocutory decision; appellation; offense by instrument; “appellation by instrument”.

1. *Linhas prolegominais*

Mais uma vez é trazida à baila a Lei nº 11.232/05. Lá se vão mais de cinco anos desde seu advento, a “onda reformista” até já é outra (vide repercussão geral – Lei nº 11.418/06 –, recursos especiais repetitivos – Lei n.º 11.672/08 –, novo CPC em elaboração etc.), mas continua a supramencionada a produzir nos processualistas pátrios relação de “amor e ódio” acerca de sua proficuidade/inação. Nada obstante, imperfeições à parte, inegável deve ser a consideração de seu caráter “revolucionário”, ao transformar conceitos até então ditos imutáveis em “nada jurídicos” (vide alterações no antes autônomo processo executório, por exemplo), ou mesmo por sua percepção prévia do que virá a ser o novo Código de Processo Civil, ainda em fase de essência.

Isto posto, sem devaneios nem mais prolongamentos, este artigo discorrerá sobre a viabilidade da “apelação por instrumento” no ordenamento pátrio, sobretudo em considerando o “novo” (?) conceito de sentença previsto no art. 162, §1.º, CPC. Observa-se que, antes decisão que encerrava a lide (com ou sem mérito), e que agora “implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, CPC”, ainda não deve ser esse o final da caminhada, já que não é preciso obtemperar – a doutrina, em geral, já fez a cortesia –, situações do art. 267 e 269, CPC não necessariamente findam o processo.

Neste rumo, depara-se, a título ilustrativo, com a problemática litisconsorte, em que uma decisão encerra o percurso de um caminhante, mas prolonga o dos demais. Seria algo como uma espécie de “pedágio”, em cuja “hora da verdade” se define qual veículo prosseguirá pela estrada e qual precisará optar por uma via oblíqua. Entenda-se por “via oblíqua” aquela do recurso, que com o perdão da linguagem metaforizada, não é claramente possível achá-la, afinal, se o processo terminou para alguém, mas continuou para outrem, importa a natureza da decisão para aquele que ficou obstado ou para aquele que prosseguiu? Em outras palavras, o processo deve ser analisado sob prisma *estrito*, isto é, a relação singular sujeito/feito, ou sob enfoque *amplo*, em que se acrescentam outras pessoas e elementos nessa relação?

É aqui que o artigo se divide: se o nobre leitor for adepto do primeiro entendimento, que não pare de ler o artigo por aqui, mas fique avisado que a conclusão não se amoldará perfeitamente à sua linha de raciocínio. Agora, se for adepto do segundo, ressaltados elementos nesta obra acrescentados, talvez pense em sintonia com este autor. Por questão didática, obviamente, os dois caminhos e as diversas combinações possíveis necessitam ser comentadas (e até mesmo criticadas), para que o trabalho não incorra no terrível defeito da indefinição.

2. *Sobre o “novo” (?) conceito de sentença: variáveis sobre sua natureza*

Antes da Lei nº 11.232, sentença era o ato pelo qual o juiz punha fim ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Tratava-se de período em que, conforme doutrina majoritária, mais valia “por fim ao processo” que decidir propriamente de forma

definitiva ou terminativa, para definir sentença. Sentença era momento, finalidade, ou topologia¹, portanto.

A partir de 2005, diante do proclamado “simplismo” do conceito anterior, que não explicava, por exemplo, como o recurso dava continuidade ao processo, se a sentença deveria “findá-lo”², ou como se coadunaria o “velho” conceito ante a “nova” sistemática sincrética de cumprimento, sentença passou a ser o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269, CPC. De topológica, então, sentença passou a ser conteudística³.

Diverge a doutrina, entretanto, acerca de um “novo” conceito de sentença. Para Bruno Silveira de Oliveira (2007, p. 136), pelo *novo* conceito admite-se a prolação de sentenças no curso do procedimento em primeiro grau, por não se exigir mais que esta espécie de ato decisório tenha a aptidão de extinguir o processo, nem que ponha termo ao procedimento em primeiro grau ou a alguma fase dele⁴. Em mesma sintonia, Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 253) afirma que sentença deve ser identificada como o ato do juiz que tem por conteúdo o que consta dos arts. 267 e 269 do CPC. Ainda, complementa a autora, normalmente sentença tem por efeito por fim ao processo, em primeiro grau ou mesmo se não houver recurso.

Em sentido diametralmente oposto, Gelson Amaro de Souza e Gelson Amaro de Souza Filho (2009, p. 23) afirmam que a redação do art. 162, §1º, CPC, ao fazer referência aos artigos 267 e 269, “rodou e caiu no mesmo lugar”, por estarem estes dois últimos dispositivos inseridos no Capítulo III, do Título VI, que cuida da extinção do processo. O Capítulo III traz os artigos 267, 268 e 269, todos voltados à extinção do processo. Logo, para os autores, se a sentença é o ato que implica qualquer das situações

¹ Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira (2006, p. 51): “[...] o conceito de sentença baseava-se em critério puramente topológico, não substancial. O que interessava não era o conteúdo do ato, mas a pura e simples posição por ele ocupada no itinerário do feito. Na arquitetura característica do Código, a sentença assinalava o ponto final de um processo”.

² Mais uma vez, oportunas as palavras de José Carlos Barbosa Moreira (2006, p. 52): “Ressalve-se que, a rigor, não era esse o momento que o processo realmente terminava: ele continuava a fluir enquanto subsistisse a possibilidade de recorrer e – é claro – durante a pendência de recurso. Em termos mais exatos, o que cabia dizer é que a extinção do processo de conhecimento se dava com o trânsito em julgado da sentença”.

³ Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 253): “Sustentei, sempre, desde os últimos anos da faculdade, que se definir sentença como sendo o ato do juiz que põe fim ao processo está equivocado, errado. Jurídica e logicamente, não se pode escolher um critério que esteja fora do objeto definido para definir este objeto”.

⁴ O autor traz ainda um novo argumento para defender o “novo” conceito, a saber: “O novo conceito de sentença merece aplausos na medida em que aumenta as hipóteses de aplicação de uma técnica essencialmente ligada aos valores efetividade e celeridade: o julgamento antecipado. Como se não bastasse, permite também uma distinção mais clara entre a técnica do “julgamento antecipado de capítulo da demanda” e a técnica de “antecipação dos efeitos da tutela pretendida em capítulo da demanda” (concretizando, assim, o valor segurança jurídica)” (2007, p. 127).

dos arts 267 e 269, CPC, não paira dúvida de que se está cuidando de extinção do processo, como “expressamente” disposto no art. 267 e “implicitamente” no art. 269 do CPC. Ainda, acrescentando argumentos a essa posição, convém as palavras de Carlos Augusto de Assis (2006, p. 94):

Tendo em vista essa mudança de rumos em matéria de execução, o legislador entendeu que a definição do art. 162, §1º, que previa a sentença como fonte de *extinção* do processo não era mais adequada. A sentença condenatória não mais iria extinguir o processo, pois o cumprimento de seu comando (efetivação) passaria a se dar no mesmo processo. A intenção do legislador no sentido acima exposto se revela claramente na exposição de motivos, quando fala que “a alteração sistemática impõe a alteração dos arts. 162, 269 e 463, uma vez que a sentença não mais põe fim ao processo”. Como se vê, não houve qualquer intenção de provocar mudanças no sistema recursal brasileiro. Procurou-se, apenas, sanar uma imperfeição técnica provocada pela nova sistemática de cumprimento de sentenças. *Esse dado, por si só, é relevante e nos faria inclinar no sentido de que a sentença, para o CPC, continua sendo caracterizada pelo fato de ter a aptidão de pôr fim ao procedimento em primeiro grau (só que no tocante à fase de conhecimento) [grifei].*

Postos os dois posicionamentos, convém o perfilhamento àquele que apregoa a inexistência de um “novo” conceito de sentença. Que não se pode, desde já consignando, o direito de uma definição doutrinária sobre sentença, mas o argumento tomado por este autor, complementar, para defender um “novo conceito velho de sentença”, baseia-se na comparação entre conceito substituído e conceito substituto.

Ora, resta a impressão de que, quando se afirmava ser a sentença ato do juiz que “punha termo ao processo”, se esquecia da continuação do conceito, qual seja, “com ou sem resolução do mérito”, como se o mérito nunca tivesse constituído finalidade do ato. Tivesse antes o legislador se limitado, então, a definir sentença apenas como ato do juiz que “punha termo ao processo”. Contudo, não bastasse a interpretação dispositiva anterior imperfeita, veio a nova definição, e do que mais ela tratou além de mérito? De absolutamente nada. Essa é a resposta. Então se pode dizer que o “novo” conceito “olhou” para a “parte esquecida” do conceito anterior? É esse o caminho, ou é negável que “com ou sem mérito” não é sinônimo de “situação do art. 267 ou 269, CPC”? Observa-se, pois, que tanto antes como agora, sentença sempre foi finalidade mais conteúdo. Acontece que a equivocada interpretação literal do dispositivo no passado “esqueceu” o conteúdo do ato, como parece querer a equivocada interpretação literal do dispositivo na atualidade “se esquecer” da finalidade. Não se trata, pois, de conflitar os critérios, mas de agrupá-los num binômio complementar.

Enriquecedoras, neste prumo, as palavras de Eduardo Arruda Alvim e de Angélica Arruda Alvim (2002, p. 21-22):

Veja-se, por exemplo, a alteração do §1.º do art. 162. A conceituação de sentença, pela leitura isolada desse dispositivo, deve ter por base o conteúdo da decisão. Conforme tivemos oportunidade de expor com mais detença em outro trabalho de nossa autoria,

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

como o legislador não alterou o §2º do art. 162, quer nos parecer que o critério segundo o qual deve ser conceituado o que se entenda por sentença pode-se dizer misto, porque leva em conta não apenas o conteúdo, mas a circunstância de a decisão por fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição. Esse é o critério, ademais, que melhor preserva a harmonia do sistema recursal, deixando incólume o princípio da correspondência recursal, alicerce do Código de Processo Civil de 1973.

Também a opinião de Gelson Amaro de Souza e de Gelson Amaro de Souza Filho (2009, p. 375-376):

Fazer reforma pelo prazer de reformar em nada adianta, se na prática tudo continua como antes. Dizem os críticos que a redação anterior do art. 162, §1º, do CPC levava em consideração apenas o *topus* e não o conteúdo. Agora, a nova redação leva em conta o conteúdo e não o *topus*. Mero engano. Tanto antes como agora se leva em conta o *topus* e o conteúdo. Ao tratar da finalização do processo com sentença, já se está levando em conta estas duas vertentes. Considera-se como *topus* ao dizer que a sentença extingue o processo (art. 267 do CPC) e considera-se como substância ao indicar a sentença como ato de conteúdo extintivo da lide (art. 269 do CPC). Sendo ato extintivo da lide, será ato extintivo do processo, porque não se pode admitir processo sem lide.

Ademais, é preciso ressaltar que a função da sentença *deve* ser por fim ao processo, senão sentença não será, mas mera decisão. Dela dependem a coisa julgada e sua eficácia preclusiva, a Ação Rescisória e os honorários advocatícios, a título ilustrativo. Cabíveis, mais uma vez, as palavras de Gelson Amaro de Souza e Gelson Amaro de Souza Filho (2009, p. 23):

Também os artigos 467, 485 e 489 do CPC, interpretados conjuntamente, levam à conclusão que pela sentença dá-se a extinção do processo. O primeiro refere-se à coisa julgada quando não mais couber recurso, o que é indicativo de extinção do processo, porque enquanto este não for extinto sempre haverá possibilidade de recurso. O segundo impõe como requisito para a ação rescisória o trânsito em julgado, que só acontece em processo extinto. O último afirma que a propositura da ação rescisória não suspende o cumprimento (execução) da sentença ou do acórdão rescindendo, indicando que esta pode ser proposta após a sentença ou acórdão, mas antes do cumprimento (execução) do julgado [...] Além do mais, caso a sentença não encerrasse o processo, seria ato incidente e não se poderia falar em atribuição dos encargos sucumbenciais previstos nos arts. 20 e 27 do CPC [...].

Acrescente-se, ainda, a assertiva supramencionada da ilustre doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 253), na qual sentença, *normalmente*, tem por efeito por fim ao processo em primeiro grau de jurisdição ou ao processo mesmo, se não houver recurso.

Nesta frequência, não nos renega ao desamparo a recente jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando acena pelo objetivo extintivo do processo, sem ou com mérito (267 ou 269, CPC), da sentença:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. CORTE DE ORIGEM. ACÓRDÃO POR MAIORIA. PRESCRIÇÃO. CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO-INTERPOSIÇÃO. RECURSOS ESPECIAIS NÃO CONHECIDOS. SÚMULA 207/STJ.

1. Os aclaratórios foram opostos com o objetivo de sanar erro material ocorrido no acórdão embargado, porquanto não se observou que a divergência ocorrida na Corte de Origem referiu-se à matéria de mérito.

2. *É cediço que o reconhecimento da prescrição extingue o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. Desse modo, havendo modificação da sentença e dissidência do tribunal quanto à prescrição, faz-se necessária a interposição de embargos infringentes para que, esgotada a instância ordinária, seja possível realizar a impugnação do acórdão por meio do recurso especial, a teor do preceituado na Súmula 207/STJ [grifei].*

3. No caso, os recursos especiais interpostos discutem, além de outras questões, a fluência do prazo prescricional sem, contudo, terem sido manejados embargos infringentes perante o tribunal *a quo*.

Nesse ponto, os apelos nobres não devem ser conhecidos.

4. No pertinente às demais matérias apreciadas no recurso especial, por estarem relacionadas com a parte unânime do acórdão regional, permanecem as conclusões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, reconhecendo a legitimidade passiva da União, e concordou com a Corte de Origem quanto aos critérios de correção monetária.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer em parte dos apelos especiais da Fazenda Nacional e da Eletrobrás e negar-lhes provimento.

(EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790.318/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. APELAÇÃO. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO. CASSAÇÃO DA LIMINAR.

– Nas ações de busca e apreensão, *a apelação interposta contra sentença que julga improcedente o pedido, ou extingue o processo sem resolução do mérito, é recebida apenas no efeito devolutivo, o que ocasiona a cassação da liminar anteriormente concedida.* Inteligência do art. 3º, § 5º, do DL 911/69, com a redação dada pela Lei 10.931/2004 [grifei].

Recurso especial a que nega provimento.

(REsp 1046050/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 01/12/2009).

ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. LICENCIAMENTO. PRESCRIÇÃO.

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA COM A ESFERA ADMINISTRATIVA.

I – *Correta a decisão que extingue o processo sob o fundamento da prescrição do direito de ação, quando esta é ajuizada após o prazo quinquenal. (grifei).*

II – A superveniente absolvição na esfera criminal, por ausência de provas, não exclui a culpa administrativa do servidor.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 797.885/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 30/10/2006 p. 398).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

Contrariu sensu, se o ato não põe termo ao processo, mesmo havendo hipótese do art. 267 ou do art. 269 do CPC, não poderá ser considerado sentença, encaixando-se, portanto, no art. 162, §2.º, da Lei Adjetiva. Oportuna, mais uma vez, a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE EXTINGUE PARCIALMENTE A EXECUÇÃO, DETERMINANDO SEU PROSSEGUIMENTO COM RELAÇÃO AOS CREDORES QUE NÃO TRANSIGNARAM. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. (grifei).

1. *A decisão que homologa transação e extingue parcialmente a execução, determinando seu prosseguimento com relação aos litisconsortes que não transigiram, possui natureza interlocutória, motivo pelo qual o recurso contra ela cabível é o agravo de instrumento, e não a apelação [grifei].*

2. Tratando-se de erro grosseiro, não se aplica o princípio da fungibilidade. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp 829.992/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 412).

LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO PELO AUTOR. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. SENTENÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA.

1. A ação de consignação em pagamento tem cabimento na hipótese em que o devedor, não conseguindo liberar-se de uma dívida, tem de lançar mão do Poder Judiciário para tal. A ação tem, portanto, natureza declaratória, e não constitutiva.

2. Há apenas uma hipótese em que a lei processual atribui à sentença proferida na ação de consignação força executiva: quando o Juiz conclui que o depósito é insuficiente, determinando a complementação, na forma do § 2º do art. 899 do Código de Processo Civil.

3. *Ato do juiz que não extingue simultaneamente o procedimento e a relação processual é decisão interlocutória e deve ser impugnada via agravo [grifei].*

4. Recurso especial improvido.

(REsp 661.959/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2006, DJ 06/06/2006 p. 142).

Com isso, conclui-se que, em que pese os clamores pela natureza conteudística do ato decisório para definir sentença, observa-se, na verdade, o continuísmo do critério misto (finalidade mais conteúdo), pelo qual sentença é o ato que põe termo ao processo (ou ao menos à etapa do procedimento), de forma definitiva ou terminativa. Na prática, algo que em nada diferencia do conceito anterior, revogado pela Lei n.º 11.232 em 2005.

3. Sobre o recurso cabível: variáveis sobre uma decisão

Aduzidas e refutadas no capítulo anterior considerações sobre um “novo” conceito de sentença, bem como sobre um “novo” critério para se definir sentença, qual seja, o meramente conteudístico, por bem se faz discutir o recurso cabível contra o ato decisório, a depender de sua natureza interlocutória ou solucionadora do feito, bem como do critério adotado. Apelação? Agravo por instrumento? “Apelação por instrumento”? Discorramos, oras.

Tome-se, de início, a seguinte casuística: as partes A e B litigam em face de C. A, porém, é parte ilegítima, e por se tratar a condição da ação de matéria de ordem pública, o juiz reconhece-a de ofício e profere decisão terminativa de mérito, com supedâneo no art. 267, VI, CPC. Observa-se que o processo, antes litisconsorte ativo, continua para B, agora sozinho. Qual o recurso cabível desta decisão terminativa?

Com supedâneo no critério misto (conteúdo mais finalidade) aqui adotado, se sentença é o ato judicial que visa ao fim do processo, sem ou com mérito, há que se concluir que esta decisão não foi sentença, mas mera interlocutória, agravável por instrumento, portanto, no prazo de dez dias, obedecendo às regras dos arts. 522 e seguintes do CPC.

De outra forma, com amparo no critério conteudístico, houve hipótese prevista no art. 267, CPC, consubstanciando a sentença do “novo” art. 162, §1.º, apelável, portanto. Entretanto, frente à possibilidade prejudicial desta apelação suspender o “andamento” do feito para as partes outrora julgadas legítimas, cogitou-se, de início, a paradoxal interposição do agravo por instrumento desta sentença⁵, ou a aplicação, por analogia, do recurso em sentido estrito da pronúncia, do processo penal⁶.

⁵ Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 254): “Outro exemplo é a decisão de exclusão do litisconsorte: A move ação contra B, C e D. O juiz exclui D do processo. O que o juiz faz quando diz isso? Ele está proferindo uma sentença entre A e D, extinguindo a relação processual que se formou. A, juiz e D. *O recurso cabível é o agravo* [grifei].”

⁶ Cf. Jorge de Oliveira Vargas (2007, p. 117): “Todavia este argumento, por si só, não impede o recurso da apelação, pois o processo pode subir ao tribunal para ser apreciada a apelação da sentença que não pôs fim ao procedimento e continuar tramitando em primeiro grau através

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

Nesta escala “evolutiva” do critério do conteúdo, não tardou a doutrina a criar um “mecanismo de readequação” recursal frente ao “novo” conceito de sentença, isto é, da impossibilidade legal de um agravo por instrumento contra sentença, e da inconsistência fática de uma apelação que suspenderia o trâmite do feito em primeiro grau, pensou-se na num “recurso híbrido”, uma “apelação por instrumento”.

Neste sentido, convenientes as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 252):

Um caso interessantíssimo, a respeito do qual nós discutimos outro dia, é o seguinte: o art. 273, §6.º, diz que a antecipação de tutela pode ser concedida quando o pedido é incontroverso. A doutrina toda discute se quando o juiz faz isso ele está proferindo uma sentença ou está proferindo uma liminar, uma decisão interlocutória que depois pode modificar. Tenho a impressão de que vem prevalecendo, na doutrina principalmente, a idéia no sentido de que essa decisão é uma sentença. [...] Então surge, evidentemente, o problema do recurso. Se aquilo é sentença, qual o recurso cabível? [...] Sempre fui simpática a idéia de que poderia se pensar num agravo de instrumento com efeito suspensivo para que a situação ficasse equivalente à situação da apelação. Aí eu recebi um e-mail dizendo que há uma opinião aqui no Rio Grande do Sul, que é uma idéia de vanguarda. Recebi este e-mail relatando uma posição que teria sido criada aqui por um juiz de 1º grau e essa posição, num primeiro momento, me deixou extremamente abalada. E o que o juiz propõe? Ele propõe que a parte impugne essa decisão por meio de uma “apelação por instrumento”. Quando eu escutei essa expressão “apelação por instrumento” eu me assustei. Eu coloquei essa idéia debaixo do travesseiro, pensei melhor, pensei sob essa ótica muito contemporânea de se analisar o Direito Processual, a partir de uma perspectiva constitucional, do Princípio da Isonomia e realmente cheguei à conclusão de que essa é a melhor solução.

Também as de Bruno Silveira de Oliveira (2007, p. 134):

Como, então, permitir a subida do recurso em a paralisação do procedimento *a quo*? A resposta intuitiva, ao que nos parece, é a formação de um instrumento. Não se venha objetar, quanto ao ponto, que não há previsão legal para isso. Decerto não há (admitamos), mas, até aí, também não existe um artigo de lei – um sequer – que obrigue a subida da apelação nos próprios autos do processo. Assim é feito por sempre haver sido feito assim, em obediência ao poder silencioso da tradição. De direito posto.

Por fim, a opinião de Jorge de Oliveira Vargas (2007, p. 117):

dos autos suplementares, ou ao processo, para apreciação da apelação, poderá subir por traslado, adotando-se aí, por analogia, o contido a respeito do recurso em sentido estrito da pronúncia, no art. 583, parágrafo único, do CPP, que diz: ‘O recurso da pronúncia subirá em traslado, quando, havendo dois ou mais réus, qualquer deles se conformar com a decisão ou todos não tiverem sido ainda intimados da pronúncia’”.

Existe ainda o argumento de que a subida da apelação, por traslado, caracterizaria um novo tipo de recurso, qual seja, o de apelação por instrumento, o que iria ferir o princípio da tipicidade dos recursos. Este argumento, também, ainda que pudesse ser tido como válido, não poderia prevalecer sobre os princípios da correspondência, da isonomia e do devido processo legal procedimental; além do que, não se trata de um novo recurso, mas do mesmo, qual seja, o de apelação, assim como o recurso em sentido estrito, referido, quando sobe por traslado, não muda de nome, continua a ser recurso em sentido estrito; ou seja, a “apelação por instrumento” além de não ferir o princípio da tipicidade, ainda faria observar os da correspondência, da isonomia e do devido processo legal.

Interessante frisar, ainda, que Fabio Milman (2007, p. 172) chega a traçar diretrizes em prol da procedimentalização da suposta nova modalidade de apelo. Algo semelhante ao utilizado no agravo por instrumento. Vejamos:

Na redação atual do art. 514: “Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà: I – os nomes e a qualificação das partes; II – os fundamentos de fato e de direito; III – o pedido de nova decisão.” Este pequeno estudo sugere o acréscimo de três parágrafos ao art. 514, como segue: “§ 1.º. Na hipótese de sentença parcial, o apelante dirigirá a petição diretamente ao tribunal competente, atendendo aos requisitos do *caput* deste artigo, também informando o nome e endereço completo dos advogados constantes do processo e, no prazo de 3 (três) dias fará juntar, na origem, cópia das razões da apelação, do comprovante de sua interposição e relação das peças que a instruíram, sob pena de não conhecimento. § 2.º. A apelação a que se refere o parágrafo anterior será obrigatoriamente instruída com cópias da petição inicial, da resposta, da sentença parcial, da certidão de intimação das partes, de eventuais embargos de declaração, sua decisão e certidão da respectiva intimação, do comprovante do preparo, se exigido, e de todas e quaisquer peças que o recorrente reputar úteis à compreensão e julgamento. §3.º. Deficiente a formação do instrumento, porque faltantes as peças obrigatórias ou ausentes aquelas que possibilitem a formação da compreensão acerca da controvérsia para efeito de julgamento, a apelação será de imediato não conhecida (art. 557, *caput*).”

Complementa o autor (2007, p. 172-173):

Na mesma linha, necessário modificar, mediante acréscimo, o que consta no art. 518 do CPC: “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1.º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. § 2.º. Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em 5 (cinco) dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.” A proposta aqui é de alteração nos parágrafos ao art. 518 do CPC que passariam a ter o conteúdo abaixo apresentado: “§ 1.º. Tratando-se da apelação ofertada contra sentença parcial (§ 1.º sugerido anteriormente ao art. 514), o relator, se não for hipótese de incidência do art. 557, declarará os efeitos em que a recebe e, na seqüência, determinará a

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

intimação do apelado, por meio de seus procuradores, para responder e, querendo, juntar cópias de peças dos autos que entender necessárias à formação do órgão julgador recursal. § 2.º. O juiz ou relator não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; § 3.º. Apresentada a resposta, é facultado ao juiz ou relator, em 5 (cinco) dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso”.

Como último argumento, defende-se a existência de “dúvida objetiva” para aceitar o novo apelo dentro do Princípio da Fungibilidade, se for o caso, como agravo por instrumento. Com a palavra, mais uma vez, Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 244):

Na verdade, a razão de ser deste princípio é a de que a parte não pode ser prejudicada porque há dúvidas, manifestadas na doutrina e/ou na jurisprudência a respeito de qual seja o caminho adequado, para se conseguir alguma coisa dentro do processo, uma vez em curso um processo, ou através de um processo sem que haja ainda nenhum processo incoado. [...] Quando se usa a expressão dúvida objetiva, quer-se referir à situação de haver pluralidade de opiniões, de haver uma certa hesitação, de não haver unanimidade, quer no plano da doutrina, quer no plano da jurisprudência, quanto a qual seja o caminho correto para se obter alguma coisa dentro do processo.

Em apertada síntese, então, defende-se a possibilidade do manejo da “apelação por instrumento”, em observância à ideia de efetividade processual, como corolário “lógico” (?) do Princípio da Correspondência Recursal (sentença/apelação). Ainda, acena-se por sua não ofensa à ideia de tipicidade, por estar a “apelação”, em sua forma “simples”, prevista no CPC, mas, sem prejuízo disso, chega-se a dar diretrizes de suposta alteração legislativa. Por fim, prega-se pela aplicação do Princípio da Fungibilidade ante a existência de dúvida objetiva.

Tudo por se adotar o critério meramente conteudístico do ato decisório para se definir sentença. Em primeiro lugar, convém reconhecer que a ausência de previsão legal parece não ser óbice determinante para vedar a “apelação por instrumento” no ordenamento deste país. Fosse esse o problema, bastaria alterar, mais uma vez, o CPC, para nele incluir o apelo em lume.

Contudo, há que se afirmar que o critério misto (conteúdo mais finalidade) é elemento atrelado à segurança jurídica, ou seja, *findou* o processo, procedimento ou etapa dele, *com* ou *sem* mérito, consubstanciada estará sentença. Se não, mera decisão haverá. Mais do que isso, se aduz-se nova espécie de apelo, por celeridade, efetividade ou constitucionalização processual, não se mostra com qual dispositivo da Constituição Federal se coaduna o novo recurso. Que não se utilize – desde já chamando a atenção do leitor – a amplíssima Cláusula do Devido Processo Legal (art. 5.º, LIV) ou a duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII) para tentar dar consistência a isso, pois em momento algum se consideram os critérios *praticidade* e *tempo* para definir a salvaguarda da medida. Vai ver porque se o objetivo-mor do processo é a sentença, não seria falsa

premissa dizer que a dificuldade de conceituar esta espécie de ato decisório gera insegurança jurídica. Em palavras resumidas, não há qualquer “objetivo constitucional” em defender a “apelação por instrumento” no ordenamento deste país.

Nesta linha de raciocínio, é descabido o clamor pela aplicação do Princípio da Fungibilidade, frente à dúvida objetiva. Primeiro, por se tratar a “apelação por instrumento” de erro grosseiro (chego a imaginar o recorrente que se esqueceu de agravar por instrumento até o décimo dia – art. 522, CPC – “apelando por instrumento” no décimo quinto. Chamo a atenção, pois, que o presente recurso pode sair da abstração doutrinária para adentrar o campo da chicana jurídica). Segundo, por não haver dúvida objetiva, afinal, este recurso nada mais é que argumento construído em prol da subsistência de um critério, qual seja o conteudístico. Então, que não aleguem os defensores desta ideia uma indagação por eles próprios criada para gerar confusão processual e, com isso, defender a dúvida objetiva (chego a imaginar o “próximo passo” desta parcela doutrinária, qual seja, a de que, se de sentença cabe apelação e se de decisão interlocutória cabe agravo, retido ou por instrumento, logo o ato decisório que autoriza “apelação por instrumento” não é nem sentença nem decisão interlocutória, mas “sentença interlocutória”).

Por falar em agravo, há que se fazer outra indagação: se a “apelação por instrumento” teria processamento semelhante ao agravo por instrumento, poderia o relator, nos termos do art. 527, II, CPC, convertê-la na forma retida, criando uma chamada “apelação retida”?

Ainda, é preciso lembrar não ser a apelação dos arts. 513 e seguintes a única do CPC. Há aquelas previstas nos arts. 285-A, §1.º e 296 da Lei Adjetiva, cuja principal nuance é a possibilidade de juízo de retratação. Com efeito, a admissão de uma “apelação por instrumento” endereçada diretamente ao tribunal competente inviabilizaria este juízo.

Por fim, faz-se mister comentar as hipóteses, distintas, previstas nos arts. 273, §6.º e 330 e seguintes, do CPC, que tratam da antecipação dos efeitos da tutela frente ao chamado “pedido incontroverso” e do julgamento antecipado da lide, respectivamente. Com relação ao primeiro dispositivo, discute-se na doutrina sobre ser esta decisão provisória, passível de confirmação e, portanto, interlocutória, ou verdadeira sentença, por ser o pedido já dito “incontroverso”⁷. Deve prevalecer o primeiro entendimento, contudo, sobretudo em considerando o critério misto (conteúdo mais finalidade) do ato

⁷ Adepta desta posição, afirma Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 251): “Um caso interessantíssimo, a respeito do qual nós discutimos o outro dia, é o seguinte: o art. 273, §6.º, diz que a antecipação de tutela pode ser concedida quando o pedido é incontroverso. A doutrina toda discute se quando o juiz faz isso ele está proferindo uma sentença ou está proferindo uma liminar, uma decisão interlocutória que depois pode modificar. *Tenho a impressão de que vem prevalecendo, na doutrina principalmente, a ideia de que essa decisão é uma sentença. Apesar de haver uma tradição no direito brasileiro no sentido de que o objeto litigioso não pode ser cindido, de que, como regra, não há duas sentenças no mesmo processo, uma em cada momento etc., há muitos doutrinadores de primeira categoria, asseverando que, quando o juiz antecipa a tutela, porque o pedido é incontroverso, está proferindo uma decisão de mérito, uma situação equívoca à da cognição exauriente*” [grifei].

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

para se definir sentença, bem como a disposição tópica do parágrafo sexto em artigo que versa sobre a *antecipação* de tutela e não sobre sua concessão definitiva (respeito à regra de hermenêutica, portanto, de que os parágrafos se reportam ao *caput*).

Em mesma sintonia, assim afirma Bruno Silveira de Oliveira (2007, p. 131):

Propomos, nessa linha, que a técnica do art. 273, §6.º, seja compreendida como aquilo que ela realmente é: *verdadeira antecipação dos efeitos da tutela, com as características inerentes ao instituto (revogabilidade, provisoriedade, etc. Não foi incluída sob a rubrica do art. 273 por acaso [grifei].*

Também a opinião de Teori Albino Zavascki (sem data, p. 4-5):

Para a imediata tutela da parte incontroversa do pedido, talvez a melhor solução tivesse sido a da cisão do julgamento, permitindo sentença parcial, mas definitiva, de mérito. Ter-se-ia, com essa solução, a possibilidade de outorgar, relativamente ao pedido incontroverso, a imediata, completa e definitiva tutela jurisdicional. *Não foi essa, todavia, a opção do legislador, que preferiu o caminho da tutela antecipada provisória. Com isso, limitou-se o âmbito da antecipação aos efeitos executivos da tutela pretendida. Sendo assim, também aqui, como nas demais hipóteses de antecipação da tutela, o que se outorga antecipadamente é a eficácia social da futura sentença de procedência, não a jurídico-formal. Em outras palavras: não se condena por antecipação, nem se declara e nem se constitui ou desconstitui. O que se faz, simplesmente, é adiantar os efeitos executivos que poderão decorrer da futura sentença definitiva condenatória, declaratória, constitutiva ou desconstitutiva [grifei].*

Pela mesma linha de raciocínio, qual seja, a de que o mero critério conteudístico do ato para se defini-lo como sentença não basta, não pode ser considerado o julgamento antecipado (art. 330) de um dos pedidos, quando houver cúmulo, sentença, dada a inaptidão desta decisão para por termo ao feito, apesar de presente situação prevista no art. 267 ou 269 do CPC. Em outras palavras, quando o juiz está diante de pedido único e a questão de mérito é unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não há necessidade de produzir prova em audiência, estará proferindo sentença, já que este ato é capaz de por fim ao processo (ou ao procedimento, ou a etapa dele) e se mostra presente hipótese do art. 267 ou 269 do CPC, o que vai de encontro ao critério misto (conteúdo mais finalidade) aqui adotado. De outra forma, havendo cúmulo de pedidos, o julgamento antecipado de apenas um deles, conforme o art. 330 e seguintes do CPC, não constituirá sentença, mas mera decisão, não apelável “por instrumento”, portanto. Ressalta-se, inclusive, a defesa da aplicação desta regra para todas as demandas em que houver cúmulo de pedidos, mesmo não sendo caso de julgamento antecipado.

Com isso, conclui-se não ser medida mais acertada defender a possibilidade da “apelação por instrumento” no ordenamento brasileiro. Primeiro, porque tal medida não traz qualquer efeito útil, já que situações que ensejariam esta nova modalidade de apelo já são abrangidas pelo agravo por instrumento. Segundo, porque nunca fez bem

ao processo civil ir “ajustando” os dispositivos do Código de Buzaid de maneira im-pensada, de acordo com a adoção de um ou outro “critério”. Ainda mais quando se trata de uma “cadeia de dispositivos”, como aqueles atinentes à apelação. A título ilus-trativo, a adoção de um critério conteudístico do ato decisório faria necessário alterar não apenas os arts. 513 e seguintes, mas também o art. 296 e o recente art. 285-A, todos do CPC. Observa-se, pois, que não só não traz efetividade ao processo o advento de um “apelo por instrumento”, como também lhe gera confusão, e confusão, como todos sabem, gera desconfiança por parte de litigantes e terceiros; e desconfiança não é bené-fico ao bom andamento do Poder Judiciário pátrio. Fiquemos com o critério misto (con-teúdo mais finalidade), pois, que já valia antes da Lei nº 11.232/05 e continua a valer agora.

4. Linhas derradeiras

Em nota conclusiva, defende-se a inexistência de um novo conceito de sentença no ordenamento pátrio, de forma que nada mais faz o art. 162, §1.º, CPC, “alterado” pela Lei nº 11.232/05, que repetir a essência do conceito anterior dessa espécie de ato decisório. Isto porque, com ou sem mérito, a função da sentença *deve* ser por termo ao processo ou à etapa do procedimento, senão pela segurança jurídica, porque dela de-pendem alguns institutos do Processo Civil como a coisa julgada e sua eficácia preclu-siva, a Ação Rescisória e os honorários advocatícios. Assim, conclui-se que o “novo conceito velho” apenas adequa o sistema decisório à nova sistemática sincrética de sa-tisfação da lide, daí o aceno pela continuidade do critério misto (conteúdo mais finali-dade) para se definir sentença.

Por conseguinte, entende-se não ser cabível neste ordenamento o manejo da “apelação por instrumento”, por desnecessidade jurídica, por insegurança jurídica, e por ilogicidade do sistema, sobretudo com as novas regras práticas do agravo por ins-trumento e com os novos e amplos poderes do relator, que poderia convertê-la, de ma-neira irrecorrível, em “apelação retida” (?). De igual maneira, inadmissível o Princípio da Fungibilidade, por erro grosseiro e inexistência de dúvida objetiva. Daí a ideia que, entre uma alteração em cadeia da Lei Adjetiva e a continuidade do critério misto (con-teúdo mais finalidade), a opção a ser escolhida é a segunda.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. As reformas e o sistema recursal, in: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 52, mar-abr/2002. São Paulo: IOB, p. 7-26.

ASSIS, Carlos Augusto de. Mudou o conceito de sentença?, in: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 41, mai-jun/2006. São Paulo: IOB, p. 86-96.

Breves apontamentos sobre a “apelação por instrumento”

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. Vol. 1.* São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais – Vol. 3.* 7 ed. Salvador: Juspodium, 2009.

_____; CHEIM JORGE, Flávio; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MILMAN, Fábio. O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento, in: *Revista de Processo*, ano 32, n. 150, ago./2007. São Paulo: RT, p. 160-174.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A nova definição de sentença, in: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 41, mai-jun/2006. São Paulo: IOB, p. 51-60.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Um novo conceito de sentença?, in: *Revista de Processo*, ano 32, n. 149, jul/2009. São Paulo: RT, p. 120-138.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis: atualizado com as reformas de 2006 e 2007.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Sentença – em busca de uma nova definição In *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária.* Ano 57, n. 376, fev./2009. Porto Alegre: Nota Dez, p. 19-41.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp. Acesso em 20 de abril de 2010.

VADE MECUM. 5 ed. São Paulo: RT, 2010.

VARGAS, Jorge de Oliveira. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento?, in: *Revista de Processo*, ano 32, n. 148, jun./2007. São Paulo: RT, p. 111-118.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela em face de pedido *incontroverso*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki(2)%20-formatado.pdf). Acesso em 21 de abril de 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O agravo e o conceito de sentença, in: *Revista de Processo*, ano 32, n. 144, fev. 2007. São Paulo: RT, p. 243-256.